Parteien wider Versäumnisse ihrer Anwälde sofort Restitution erhielten, durch die Reußische Verordnung vom 30. Januar 1819 wieder aufgehoben und das Präjudiz des Oberappellationsgerichts zu Jena, an deren Stelle gesetzt worden.

XVII.

Kann der Beweisführer, wenn er den Beweis eines einzelnen Klaggrundes unter mehreren, angetreten, und denselben nicht geführt hat, von den aus dem Gegenbeweise erhellenden, für ihn vortheilhaften Thatsachen, Gebrauch machen, um dessen ungeachtet, die Klage zu begründen?

Vom
Herrn Hof- und Canzleirath Dr. Spangenberg in Celle.

Ich finde diese Frage in den Lehrbüchern des Processes, in soweit dieselben mir zugänglich gewesen sind, nicht berührt, obgleich sie bei der Entscheidung mancher Streitsachen von höchster Wichtigkeit seyn kann, wie der folgende Rechtsfall, bei welchem sie zur Untersuchung kam, ergiebt.

Die verwittwete C. verstarb mit Hinterlassung dreier Nichten, welche in Ermanglung eines Testaments, als nächste Intestaterbinnen zu betrachten gewesen wären; namentlich, der S., der H. und der W. Unter ihrem Nachlasse befand sich aber ein solemnes Privattestament, in welchem sie mit Uebergehung der S. und H., die W. zur alleinigen Erbin eingesetzt hatte.

Die H. focht dieses Testament, mittelst einer gegen die W. angestellten Klage aus folgenden Gründen an:

1) weil die angebliche Unterschrift die Erblasserin nicht von ihr herrühren könne, da solche nicht von einer Weiberhand, sondern von einer festen Mannshand gezeichnet seye.

2) weil aus dem Testamente nicht ersichtlich sey, wie die Zeugen in conspectu testatricis, habiles und specialiter rogati gewesen, oder, wie unitas actus gewahrt sey.

Durch ein rechtskräftiges Bekenntniß wurde aber ausgesprochen:

„daß das Testament als ein testamentum sine vitio visibili anzunehmen, und Klägerin mit ihren Ansprüchen abzuweisen; sie könnte denn binnen einer Präjudicialfrist von sechs Wochen erweisen, daß das in Frage seyende Testament mit dem einen oder dem andern der gerügten nicht sichtbaren Mängel in den Erfordernissen eines gültigen Testaments, behaftet sey."

Die Klägerin trat diesen Beweis binnen der vorgeschriebenen Frist, jedoch nur in Rücksicht des ersten Puncts, nämlich der Unächtheit der Unterschrift der Erblasserin, an, und zwar durch Schreibverständige, überging die übrigen aber mit Stillschweigen. Die Beklagte acceptirte dagegen, erstlich, daß über die übrigen früher gerügten angeblichen Mängel kein Beweis angetreten sey; trat aber auch, zweitens, den Gegenbeweis über den erstgedachten Punct durch die bei der Anfertigung des Testaments zugegen gewesenen Testamentszeugen an.

Solchergestalt gingen nun die weitern Verhandlungen über die Führung des Beweises und Gegenbeweises vor sich; und während derselben war die Beweisantretungsfrist [1], vor Einreichung der klägerischen Deductionsschrift mehr als dreyfach verstrichen.

---

1) Nach den Hannöverschen Landesgesetzen ist der Beweistermin peremtorisch.

Die Beweisführung der Klägerin verunglückte durchaus, indem nicht allein die von ihr vorgeschlagenen Schreibverständigen, ihrer Intention zuwider, begutachteten, daß die unter dem Testamente befindliche Unterschrift der Erblasserin allerdings von einer Weiberhand herrühre, und nicht durch eine Mannshand gezeichnet sey; sondern auch durch die Gegenbeweiszeugen dargethan wurde, daß die Erblasserin das Testament in ihrer Gegenwart eigenhändig unterschrieben habe. Dagegen ergab sich aber aus den beiläufigen Aussagen dieser Gegenbeweiszeugen, daß die unitas actus bei der Verfertigung des Testaments keinesweges beobachtet worden sey.

In der Deductionsschrift [2]) erkannte nunmehr die Klägerin zwar an, daß sie den von ihr angetretenen Beweis nicht geführt habe; sie deducirte indessen dagegen aus dem Gegenbeweis-Zeugenrotel, daß unitas actus bei Verfertigung des Testaments nicht gewahrt sey, und suchte deshalb um Annullirung des Testaments, und um Eröffnung der Intestaterbfolge nach.

So kam es daher lediglich auf die Frage an: ob die Klägerin berechtigt seyn konnte, nachdem sie selbst in ihrer Beweisführung in Hinsicht des Klaggrunds, über welchen sie den Beweis angetreten hatte, untergelegen hatte, die aus dem Gegenbeweis-Zeugenrotel in Hinsicht eines andern Klagegrunds, über welchen sie den Beweis weder speciell angetreten, noch geführt hatte, ihr vortheilhafte Thatumstände zu entnehmen, und hierdurch dessen ungeachtet ihre Klage zu begründen?

Eine Frage, die allerdings, auf den ersten Anblick, nicht ohne allen Zweifel zu seyn scheint, da bei derselben die beiden bekannten Axiome: Actore non probante, reus absolvi-

2) Nach den Hannöverschen Landesgesetzten verhandelt der Producent die Deductionsschrift früher, als der Product die Impugnation.

tur [3]) und Testes et documenta per productionem fiunt communia [4]), collidiren.

Nach dem ersten ist es so klar, und nicht allein in der ganzen Proceßtheorie, und deren Natur begründet, sondern auch durch die dem in Anspruch Genommenen gesetzlich zugestandene Begünstigung ausgemacht, daß der Beklagte jedesmal von dem Anspruche des Gegners entbunden werden muß, wenn dieser Anspruch nicht erwiesen wird; so daß es sogar in diesem Falle nicht darauf ankommen kann, ob der Beklagte einen Gegenbeweis geführt hat, und, ob derselbe günstig oder ungünstig für ihn ausgefallen ist.

Nach dem letztern aber ist es eben so wahr, daß der Gegner des Beweisführers, aus den ihm vortheilhaften Aeußerungen der Zeugen eben so bündig gegen den Anspruch des Beweisführers argumentiren kann, als der Beweisführer aus den Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen für seinen Anspruch, und gegen die Behauptungen, durch welche sein Gegner seinen Anspruch zu zernichten sucht. Und so scheint das letztere Axiom dem Productor dasjenige zu nehmen, was ihm das erstere zugestanden hat.

Giebt man jedoch auch die Richtigkeit des Axioms: Testes et documenta per productionem fiunt communia, in seinem vollen Umfange zu, so kann man die Gültigkeit desselben nicht für den Fall annehmen, wo der Producent den von ihm angetretenen Beweis gar nicht geführt, und seinen Anspruch an den Producten und Reproducenten ganz und gar nicht erwiesen hat; und am allerwenigsten, wenn der Producent nur in Hinsicht eines Klagpuncts den Beweis zwar angetreten, aber nicht geführt, in Hinsicht der übrigen ihn aber gar nicht einmal angetreten, und noch weniger geführt hat.

Dieses bedarf einiger Erläuterung.

---

3) Gönner Handbuch. Bd. II. Nro. XXXVII. §. 17.

4) Ebendas. Nro. XXXIX. §. 8.

Hat der Kläger den Beweis seines Klaggrundes im Ganzen angetreten, und denselben, wiewohl unvollständig, geführt, so kann er sich allerdings der ihm vortheilhaften Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen, falls durch deren Aussagen der geführte Beweis nicht vollkommen elidirt worden ist, bedienen, um seinen unvollständigen Beweis dadurch zu ergänzen und zu vervollständigen. Hat er dagegen den Beweis zwar angetreten, aber ganz und gar nichts erwiesen, sey es, weil er unzuläßige Beweismittel zur Hand nahm, oder weil dieselben irrelevant, und nicht beweisfähig waren, oder weil seine Zeugen ganz und gar nichts für seine Intention sprechendes aussagten, so ist er nicht befugt, von den vortheilhaften Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen etwas für sich auszuziehen, weil dann das Axiom wider ihn eintritt: Actore non probante reus absolvitur, etiamsi nihil reprobaverit.

Lassen sich diese Sätze nicht füglich bezweifeln, so ist dieses um so mehr der Fall, wenn der Kläger zur Begründung seiner Klage mehrere Puncte aufstellte, den ihm auferlegten Beweis aber nur in Hinsicht eines einzelnen antrat, und gerade im Beweise desselben unterlag. Am wenigsten kann er in diesem Falle berechtigt seyn, aus dem Gegenbeweis-Zeugenrotel diejenigen Stellen auszuheben, welche ihm vortheilhaft scheinen, um Klagpuncte begründen zu können, die er zwar früher in seiner Klage aufgestellt hat, in deren Hinsicht er aber auch nicht einmal den Beweis angetreten hat.

Schon nach allgemeinen Grundsätzen ist jeder abgeleugnete Anspruch, insofern er nicht dennoch erwiesen wird, als rechtlich nicht vorhanden zu betrachten; und so folgt hieraus, daß, wenn ein Kläger seinen Anspruch durch mehrere Gründe unterstützt hat, dieselben aber abgeleugnet werden, und er nur in Hinsicht einzelner derselben den Beweis antritt, er hierdurch zu erkennen giebt, daß er die übrigen nicht erweisen könne, und sich der Durchführung derselben, stillschweigend begebe.

Daß durch eine solche stillschweigende Renunciation für den Gegner sofort, das Recht, daß der Kläger auf jene aufgegebenen Klaggründe im Verlaufe des Verfahrens nicht wieder zurückkommen dürfe, erwerbe, und es nicht einmal einer besondern Acceptation dieser stillschweigenden Renunciation bedürfe, liegt wiederum in dem ganzen Zwecke des processualischen Verfahrens, wodurch Rechtsstreitigkeiten nicht verewigt, sondern möglichst schnell beendet werden sollen, so wie in der trefflichen Vorschrift des gemeinen teutschen Processes, nach welcher verschiedene Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche zu einem Ziele führen können, und einer Parthei zustehen, auf einmal vorgebracht werden müssen, und nicht successive vorgetragen werden dürfen [5]; und daß, wenn sie einmal vorgebracht, und nachmals einzelne aufgegeben sind, diese in demselben Rechtsstreite, nicht wieder zur Hand genommen werden können. Ganz vorzüglich ist dieses der Fall, wenn eine Klage auf mehrere Gründe gestützt ist, und dem Kläger aufgegeben wird, sein Klagfundament zu erweisen; er ist dann verpflichtet, alle jene Gründe zu erweisen, und begiebt er sich dieser Verpflichtung in Hinsicht einzelner, so kann und darf er mit dem Beweise derselben dann nicht mehr zugelassen werden, wenn er mit dem Beweise der frühern nicht durchgekommen war. Höchstens mag es ihm frei stehen, demnächst und nach Beendigung dieses Verfahrens, eine neue Klage aus jenen in diesem Verfahren aufgegebenen Klaggründen anzustellen.

Die aufgestellte Frage ist bis jetzt ohne Rücksicht auf die peremtorische Kraft des Beweistermins, da selbige bekanntlich den gemeinen Rechten nach, an und für sich nicht anzunehmen ist [6], verneinend beantwortet; noch mehr aber muß sie in den teutschen Ländern verneint werden, in welchen die Provincial-

5) **Martin** Lehrbuch des gem. Proc. §. 98. **Mittermaier** der gemeine deutsche bürgerliche Proceß, in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren, u. s. w. (Erste Abtheilung) S. 93.

6) **Gönner** a. a. O. Nro. XXXVII. §. 29. **Martin** a. a. O. §. 177.

gesetzgebung die Lücke des gemeinen Rechts ausgefüllt, und den Beweistermin als einen ipso jure peremtorischen festgesetzt hat.

Denn in diesem Falle ist es gar nicht abzusehen, wie der Beweisführer, wenn er nur über einzelne Puncte den Beweis angetreten hat, und in diesem Beweise deficirt, nach dem Ablaufe des Termins zur Beweisantretung, anderer Puncte, in deren Hinsicht er den Beweis nicht angetreten hat, aus den vortheilhaften Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen, als für sich erwiesen, von neuem anziehen könnte.

Ist der Beweistermin durch besondere Landesgesetze ipso jure peremtorisch, so tritt in Hinsicht aller Puncte, in deren Hinsicht der Beweis nicht angetreten ist, eine stillschweigende Renunciation und Präclusion, nach dessen Ablauf im vollen Umfange und ipso jure ein; und es bedarf hiezu weder einer förmlichen Acceptation abseiten des Producten, noch einer Ungehorsamsbeschuldigung, noch eines förmlichen Präclusivbescheides, damit die Folgen der Vernachlässigung der Beweisfrist statt finden könnten, denn der Beweistermin ist schon, Kraft des Gesetzes, zerstöhrlich 7).

Mit Recht wurde daher in dem vorgetragenen Rechtsfalle folgende Entscheidung abgegeben:

1) Demnach es nun im vorliegenden Falle lediglich und allein darauf ankömmt, inwiefern Producentin diejenigen angeblichen Mängel, in deren Hinsicht sie den Beweis wirklich angetreten, durch die Führung desselben dargethan hat, auf alle die übrigen, die sie früher gerügt hat, da sie den Beweis in Hinsicht derselben überall nicht speciell angetreten, und nicht für befugt zu achten ist, in deren Betreff, einige ihrer Intention vortheilhaft scheinenden Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen für sich anzuziehen, keine rechtliche Rücksicht genommen werden kann;

und nun der von der Producentin zur Hand genommene Beweis der Unächtheit der Unterschrift der Erblasserin, nicht allein ganz und gar für verfehlt zu achten, sondern auch durch den Ge-

---

7) Gönner a. a. O. Nro. XXXVII. §. 30.

genbeweis elidirt worden ist; so wird Klägerin und Producentin mit ihren an den Nachlaß der C. gemachten Ansprüchen abgewiesen.

XVIII.

Ueber jura und Servitutes luminum der Römer.

Von
Herrn Dr. Carl Leopold Goldschmidt, Advocat zu Frankfurt a. M.

(I. 2. 3., D. 8. 2., C. 3. 34.)

Die Befugniß, auf eigenem Grund und Boden nach Gefallen zu bauen [1]), ist beschränkt durch Lage und Beschaffenheit des Ortes, durch gemeinverbindliche gesetzliche oder besondre Anordnungen, durch den vorgefundenen aus alter Zeit herrührenden ununterbrochenen Zustand, und durch auf dem Grundstücke lastende verabredete Verpflichtungen.

Des Ortes Lage und Beschaffenheit (natura) bieten der Baufreiheit nothwendige Beschränkungen dar [2]).

Wie jede Gesetzgebung, enthielt die römische allgemein verpflichtende die Baufreiheit beschränkende Verordnungen [3]), für einzelne Grundstücke gab es zuweilen nur sie insbesondre treffende Anordnungen [4]).

1) L. 30. D. de usufr. (7. 1.), L. 9. 10. 41. §. 1. D. h. t. L. 8. §. 5. D. Si Serv. vind. (8. 5.), L. 24. §. 12. in fi., L. 26. D. de damno inf. (39. 2.), L. 55. D. de R. I. (50. 17.), L. 8. 9. C. h. t.

2) L. 1. §. 22. 23. L. 2. pr. D. de aqua (39. 3.)

3) Glück, Commentar, h. t. Nota 77.

4) *D. Gothofredus* ad L. 1. §. ult. D. de aqua (39. 3.). Nota t.